

ÉTICA EN LA GESTIÓN PÚBLICA. LOS CÓDIGOS ÉTICOS COMO HERRAMIENTAS DE *COMPLIANCE*: UNA PROPUESTA DE TRASLACIÓN NORMATIVA

M.^a Concepción Campos Acuña

Secretaria de la Administración local.

Categoría superior

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Germán ALONSO-ALEGRE FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, don José Luis LÓPEZ GONZÁLEZ, don Pedro POVEDA GÓMEZ, don Miguel SÁNCHEZ MORÓN y don José Luis ZAMARRO PARRA.

EXTRACTO

El discurso sobre la ética pública no constituye una novedad en el ámbito de la Administración pública cuyo arranque actual podemos situar en Estados Unidos en los años 70, pero el contexto socioeconómico y la crisis institucional experimentada en España en la última década han traído a la actualidad de la Administración pública la necesidad de dotarse de instrumentos y mecanismos que permitan regenerar la confianza de los ciudadanos, ante la clara desafección provocada en la ciudadanía consecuencia del estallido de numerosos casos de corrupción en los últimos años. Como categoría relevante de estos instrumentos se encuentran los códigos éticos o buen gobierno, que están llamados a desempeñar un relevante papel en la conformación de marcos de integridad institucional (OCDE), y que para una mayor eficacia pueden conjugarse a modo de las técnicas de *compliance* existentes en el sector privado, con profundo arraigo en la empresa y que en un adecuado proceso de adaptación pueden revelarse como eficaces instrumentos de mejora de la calidad democrática de las instituciones, estableciendo un completo sistema organizativo de control y seguimiento como mecanismo de prevención de comportamientos ilícitos, a través de un proceso de la interiorización de la dimensión ética en la gestión pública.

Palabras clave: código ético, gestión pública y *compliance*.

Fecha de entrada: 03-05-2016 / *Fecha de aceptación:* 12-07-2016

ETHICS IN PUBLIC MANAGEMENT. THE CODE OF ETHICS AS A COMPLIANCE TOOL: A STATUTORY TRANSLATION PROPOSAL

M.^a Concepción Campos Acuña

ABSTRACT

The discourse on public ethics does not constitute any novelty within the field of public administration; we can trace back its origins can to 70's USA, but the socio-economic context and the institutional crisis borne in Spain in the last decade have brought into the spotlight the urge to supply instruments and mechanisms to rebuild citizen confidence, facing a clear lack of faith, the outcome of the ourburst of countless corruption cases over the last few years. The Code of Ethics stands out as a relevant category, working as a framework for institutional integrity (OECD) and, to greater efficiency, blending with compliance tools used in the private sector, deeply rooted in companies, that, with the proper adaptation process, could reveal as an effective instrument for a betterment in the institutions' democratic quality, setting forth a whole organizational system of control and developement, as a preventive mechanism for unlawful acts by the process of internalizing the ethical dimension of public management.

Keywords: code of ethics, public management and compliance.

Sumario

- I. Dimensión ética en la gestión pública. Aproximación al marco existente
 1. Delimitación conceptual a las nociones de ética pública, transparencia y buen gobierno
 2. Marco legal de aplicación del buen gobierno
 - 2.1. Dibujo general del marco regulatorio
 - 2.2. La regulación del buen gobierno en la Ley de Transparencia
 - 2.3. El siguiente paso: reconocimiento normativo del *whistleblower*
 3. Antecedentes de derecho comparado
- II. La autorregulación como elemento de interiorización de la dimensión ética: los códigos éticos en la Administración pública
 1. Concepto y clasificación: su carácter cuasinormativo
 - 1.1. Diversidad terminológica vs. identidad de contenidos
 - 1.2. Valor normativo: entre el *soft law* y el carácter vinculante
 2. Ámbito subjetivo de aplicación: entre la ética política y la ética administrativa
 - 2.1. Delimitación legal y conceptual
 - 2.2. La ética administrativa de los empleados públicos
 3. Un recorrido por los modelos existentes de autorregulación en el ordenamiento jurídico
 - 3.1. En el ámbito del Estado
 - 3.2. En el ámbito autonómico
 - 3.3. En el ámbito local
- III. Ética privada y *compliance*: un binomio de responsabilidad social corporativa
 1. Origen y finalidad de las políticas empresariales de cumplimiento normativo
 2. Ética privada vs. ética pública
 3. *Compliance* en el Código Penal: doctrina y primera jurisprudencia
- IV. Códigos éticos en la Administración pública como técnicas de *compliance*
 1. Claves para la traslación de los modelos de organización y gestión
 2. *Compliance officer* en la Administración pública

- 2.1. Modelos y sistemas de control existentes
- 2.2. Requisitos y características del *compliance officer* en la gestión pública

V. A modo de conclusión: la necesaria apuesta por el modelo preventivo frente al represivo a través de cinco claves

VI. Epílogo

Bibliografía

Si los guardianes del Estado y sus leyes parecen guardianes sin serlo, solo ellos tienen la oportunidad de organizarlo bien y hacerlo feliz. Formemos, pues, verdaderos guardianes, hombres que puedan dañar al Estado lo menos posible

PLATÓN

La República

I. DIMENSIÓN ÉTICA EN LA GESTIÓN PÚBLICA. APROXIMACIÓN AL MARCO EXISTENTE

La aprobación en diciembre de 2013 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, representó un salto cualitativo en el marco normativo de la calidad democrática de las instituciones, pues el nivel de transparencia se encuentra asociado a esta noción, máxime cuando España era, en el entorno europeo, de los escasos países que no contaba con una normativa específica en materia de transparencia, y sin perjuicio de la existencia de una amplia diversidad de normas de carácter sectorial que contemplaban obligaciones en este sentido, como las relativas a contratación, subvenciones y función pública, entre otras.

Del triple eje regulatorio de esta ley, transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, abordaremos en el presente trabajo la noción concreta del buen gobierno por su intrínseca relación con la dimensión ética, sin olvidar que los tres ejes giran en torno a una misma finalidad y parten de una filosofía común: el establecimiento de una gestión pública basada en la rendición de cuentas (*accountability*) como instrumento de mejora de la calidad democrática de las instituciones a través del gobierno abierto.

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL A LAS NOCIONES DE ÉTICA PÚBLICA, TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO

El origen de la idea de la ética pública como instrumento de refuerzo en el control de las Administraciones públicas surge en Estados Unidos en los años 70 asociada a una situación particular de percepción ciudadana sobre el derrumbe moral de las instituciones públicas a consecuencia del conocido como «escándalo Watergate». A partir de este momento resurge con fuerza la noción de la ética pública más allá del origen primigenio en los clásicos, en particular, Platón y Aristóteles, a partir del cual se ha ido expandiendo a través de distintos mecanismos y con una fuerte penetración en el contexto internacional, como veremos a lo largo del presente estudio.

La ética pública como tal es ética aplicada, y como tal, ética profesional, en el sentido de que exige la reflexión clara por los sujetos afectados sobre su papel en la organización y cuál es la razón de ser de la misma, en la idea de alinearse con sus objetivos y trabajar para la consecución de los mismos, y profundizando en esta dirección podemos seguir la distinción establecida en cuanto a su bifurcación en ética política y ética administrativa en atención al distinto ámbito subjetivo de estas categorías, como examinaremos en el siguiente apartado (IZQUIERDO y VILLORIA, 2015).

Para interiorizar la dimensión ética en la gestión pública puede recurrirse a distintos instrumentos, destacando por su fuerza, contenido y alcance dentro de las medidas de autorregulación a disposición de las Administraciones públicas los códigos éticos, como técnica muy extendida hasta el punto de que hoy día son ya pocos los países desarrollados cuyas Administraciones no cuenten con instrumentos de esta naturaleza.

La noción de buen gobierno en sí misma considerada, y sin perjuicio de su relación actual con la noción de gobernanza, no aparece desarrollada a nivel conceptual en la normativa básica, pero para situar la exposición podemos decir que «buen gobierno» sería aquel que promueve instituciones formales (normas y reglamentos) e informales (lógicas de lo apropiado en cada organización pública) que fomentan la transparencia, la rendición de cuentas, la eficacia, la coherencia y la participación. A esta delimitación habría que incorporar un quinto principio, el de integridad, y un sexto, el de la objetividad o imparcialidad en el servicio al interés general, inherente al funcionamiento de la Administración, que, no olvidemos, se encuentra recogido en el propio artículo 103.1 de la Constitución¹. El buen gobierno no se limita a crear las normas, sino a garantizar que las normas se hagan reales e implementables, generando los procesos adecuados a tal fin (VILLORIA, 2013). La Ley de Transparencia sí realiza un diagnóstico de los principios aplicables en materia de buen gobierno, discriminando dos categorías, principios generales y principios de actuación, que contemplan el cumplimiento de estándares de conducta genéricos y también concretos, en este caso, procedentes de otras obligaciones impuestas por la normativa sectorial, que, en su conjunto, permiten delimitar un marco conceptual en su traslación al funcionamiento de las Administraciones públicas.

Y, por último, en relación con la noción de transparencia, en su faceta más normativa, podemos apreciar una generalización en su identificación con una doble dimensión de publicidad, publicidad activa y publicidad pasiva. La primera, entendida como aquellas obligaciones de información que la respectiva Administración ha de llevar a cabo a iniciativa propia, a través de medios electrónicos y con un amplio campo de extensión. La segunda, la publicidad pasiva, es el conocido derecho de acceso a la información, como libre acceso, a petición individualizada de una información concreta en disposición de la Administración y sujeto a unos determinados límites y condiciones en su ejercicio. En esta materia la amplitud regulatoria que se ha destinado a su concreción permite acotar con un mayor grado de precisión las obligaciones inherentes al cumplimiento y ejecución de los deberes legales.

¹ «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

2. MARCO LEGAL DE APLICACIÓN DEL BUEN GOBIERNO

En España podemos situar las primeras iniciativas relevantes en el marco de la Administración pública en relación con la ética y el buen gobierno en el año 2005 con la aprobación del Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno de los altos cargos de la Administración General del Estado, iniciativa a la que seguirían las primeras normas en la materia, como la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, derogada por la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio de alto cargo de la Administración General del Estado, y, en el ámbito autonómico, la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración pública gallega, entre otras.

2.1. Dibujo general del marco regulatorio

Pero el verdadero punto de inflexión en el protagonismo normativo se ha producido con la aprobación de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, al contemplar, entre sus contenidos, la regulación de los aspectos éticos, estándares de conducta y valores en la gestión pública, como una herramienta para favorecer la rendición de cuentas, verdadera finalidad a la que se orientan este tipo de iniciativas. Con su aprobación se dio arranque a una amplia e intensa actividad de regulación y aprobación de medidas de índole diversa que se pueden encuadrar en la categoría que se ha denominado como «regeneración democrática», y mediante las que se pretende salvar la crisis de legitimidad de las instituciones.

Tras la normativa básica han sido numerosas las comunidades autónomas que han procedido a aprobar sus propias regulaciones en materia de transparencia², con un matiz a los efectos del presente estudio, y es que la normativa estatal básica, tal y como indica en su denominación, contempla tres dimensiones: transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Sin embargo, en el ámbito autonómico esta regulación se ha polarizado, desde el punto de vista del buen gobierno, de tal modo que se pueden distinguir dos tipos de normativa autonómica en materia de transparencia, discriminando unas y otras en función de que recojan en sus contenidos aspectos relativos al buen gobierno o no, y sin perjuicio de la aprobación de otras iniciativas entre las que destacan los códigos éticos.

Contemplando esta clasificación y centrándonos en el ámbito autonómico, ya con anterioridad a la normativa básica podemos encontrar normas como la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración pública gallega, que se ha visto sustituida por la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de Galicia; la Ley de Cantabria 1/2008, de 2 de julio, reguladora de los conflictos de intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración de Cantabria; la Ley 4/2011, de 3 de marzo, de buena

² En la actualidad se encuentran en fase de tramitación algunas de las pocas que todavía no se habían incorporado a esta tendencia, como la Comunidad Autónoma de Madrid o Asturias.

administración y de buen gobierno, de las Illes Balears; la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto, de Navarra, y Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura, que se ocupaban ya de ciertos aspectos relativos al buen gobierno. Con posterioridad a la Ley de Transparencia las normas autonómicas que han incorporado regulaciones relativas a principios, valores y estándares de conducta son, entre otras, la Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja; la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de Cataluña; la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura; la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana, o la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha.

Sin perjuicio de numerosos acuerdos ejemplificativos del *soft law* que representan los códigos éticos o de buen gobierno, como técnicas de autorregulación. Entre otros, podemos citar la Resolución de 31 de marzo de 2009, Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se aprueba el Código ético de conducta de los miembros del Consejo de Gobierno y Altos Cargos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se adoptan medidas de transparencia, contención y austeridad en la ejecución del gasto público; la Resolución 13/2013, de 28 de mayo, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento, por la que se dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno por el que se aprueba el Código Ético y de Conducta de los cargos públicos y personal eventual de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi, objeto de refundición por Resolución 67/2016, de 22 de noviembre, del viceconsejero de Relaciones Institucionales; la Resolución de 8 de septiembre de 2014, conjunta de la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa y de la Dirección General de la Función Pública, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 24 de julio de 2014 por el que se aprueba el Código ético institucional de la Xunta de Galicia; el Decreto 56/2016, del Consell, de 6 de mayo, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de la Generalitat Valenciana, o el Acuerdo de 31 de octubre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el código ético de los altos cargos de la Administración de la Comunidad de Madrid y de sus entes adscritos

Es en los proyectos más recientes en los que se ha producido un mayor desplazamiento regulatorio hacia el buen gobierno, como ejemplo puede citarse la Ley 1/2016, de 18 de enero, de Galicia, de transparencia y buen gobierno, o la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha, e incluso proyectos destinados íntegramente a esta regulación, como sucede con el proyecto de Ley de Integridad y Ética Pública de Aragón, en la que frente a enfoques sectoriales pretende impulsar un tratamiento integral de la transparencia, la participación, la integridad y la ética pública como elementos estructurales de una mejor gobernanza, contribuyendo a mejores prácticas regulatorias, a un mejor servicio a los intereses generales y a las demandas sociales, y para ello contempla desde el sistema educativo hasta el estatuto de altos cargos, desde la publicidad de la actividad de los *lobbies* hasta la de las instrucciones de los órganos de fiscalización previa, desde la imposición efectiva de los códigos de conducta y de buen gobierno hasta la regulación del personal directivo y el estatuto del denunciante; o la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informa-

ciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes.

En el ámbito local, y ante su limitada potestad reglamentaria, ha calado la aprobación de ordenanzas de transparencia, no siempre vinculadas al buen gobierno, sino que este último se ha encauzado a través de códigos éticos o de buen gobierno, siguiendo el modelo dual de instrumentos tipo aprobados por la FEMP, ordenanza de transparencia, acceso a la información pública y reutilización, por un lado, y código de buen gobierno para adhesión, por otro.

2.2. La regulación del buen gobierno en la Ley de Transparencia

Como señala la propia Ley de Transparencia, «no parte de la nada ni colma un vacío absoluto, sino que ahonda en lo ya conseguido, supliendo sus carencias, subsanando sus deficiencias y creando un marco jurídico acorde con los tiempos y los intereses ciudadanos». No parte de la nada porque ya existían numerosas obligaciones sectoriales anteriores que contenían preceptos que podrían encajar en la traslación normativa de la ética pública, en aspectos tales como la contratación pública, el sistema de incompatibilidades, el régimen electoral, así como en materia de gestión económico-financiera. Sin embargo, no parece que la opción puramente legislativa esté ofreciendo los mejores resultados, dada la difícil penetración que estas políticas están teniendo a nivel de interiorización y cambio de cultura, así como de la escasa percepción de su eficacia en la ciudadanía, tal y como ha puesto de relieve el último informe AEVAL 2016 «Estabilidad y mejoría en los servicios públicos»³. La pregunta es si todas las respuestas están en las normas, o si tal y como se defenderá en el presente trabajo, es conveniente introducir en el ámbito del derecho administrativo herramientas de autorregulación, importando la técnica del sector privado del *compliance* a través de los códigos éticos o de buen gobierno.

La normativa básica otorga rango de ley a los principios éticos y de actuación que deben regir la labor de los miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados de la Administración del Estado, de las comunidades autónomas y de las entidades locales, ante lo que no podemos obviar la dificultad de trasladar al ámbito jurídico normas morales, y sin negar la interrelación entre la ética pública y el derecho. La difusa naturaleza de las normas que recogen principios y valores plantea un cierto escepticismo en un amplio sector de la doctrina científica. Aun así la opción del legislador ha sido la de incorporar íntegramente un título II al buen gobierno (arts. 25 a 32), en una estructura que se articula sobre dos bloques, la determinación de su ámbito de aplicación y

³ Según el mismo, tras dos años desde la aprobación de la Ley de Transparencia (en el momento de elaboración del informe), la mitad de la población desconoce la existencia de esta norma; en el caso del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, el nivel de conocimiento es todavía menor que el referido a la normativa, y respecto al instrumento estrella en la implantación de las políticas de transparencia, el Portal de Transparencia, tan solo un 22% de los ciudadanos afirma tener conocimiento del mismo, un dato extremadamente bajo, y que todavía resulta más reducido si se toman en cuenta los datos relativos al porcentaje de ciudadanos que afirman haberlo utilizado en alguna ocasión. http://www.aeval.es/export/sites/aeval/comun/pdf/calidad/informes/Informe_Percepcion_2016.pdf

los principios reguladores, el primero, y un segundo bloque centrado en el ámbito sancionador, mediante el establecimiento de infracciones y sus correspondientes sancionadores.

Divididos los principios del buen gobierno en dos categorías, generales y de actuación (art. 26), es posible diagramar, a través de ellos, múltiples nociones relativas al buen gobierno y al comportamiento ético de los sujetos afectados. Se establece así una actuación basada en la transparencia, dedicación al servicio público, trato igual y sin discriminaciones, conducta digna y esmerada corrección; son nociones que inundan los principios generales a modo de nociones éticas que deben impregnar la actuación de los responsables públicos. Junto a ellos, los principios de actuación, haciendo hincapié en la dedicación y reserva en el ejercicio de sus competencias, que deberá realizarse exclusivamente con la finalidad para la que fueron otorgados, en materia de incompatibilidades y conflictos de intereses: la utilización adecuada de los recursos públicos, sin generar posiciones de privilegio.

En cuanto a las infracciones y sanciones, se establece una clasificación en tres categorías: en materia de conflicto de intereses, de gestión económico-presupuestaria e infracciones disciplinarias, de las cuales será la primera, la relativa al incumplimiento de las normas de incompatibilidades o de las que regulan las declaraciones que han de realizar los sujetos afectados, la que conecta de un modo más directo con la dimensión ética, sin perjuicio de contemplar en las otras categorías tipologías conectadas con la dimensión ética, como el abuso de autoridad en el ejercicio del cargo o la intervención en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas.

2.3. El siguiente paso: reconocimiento normativo del *whistleblower*

Con el término *whistleblower* se conoce a la figura del denunciante de buena fe, carente de regulación propia en el ordenamiento básico. En este marco destaca la obligación impuesta por la Ley de Transparencia, a modo de principio, de poner en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular de la cual tengan conocimiento. Sin rebajar la importancia de este deber, su formulación genérica pone de manifiesto la difícil ejecución de este deber dada la inexistente regulación de la figura conocida generalizadamente como *whistleblower*, al no prever con carácter general una regulación de un estatuto del denunciante⁴.

La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003, contempla en su artículo 1 la debida existencia de sistemas para facilitar la denuncia por los funcionarios

⁴ En el ámbito internacional la Ley Sarbanes-Oxley de Estados Unidos, de 2002, creada para facilitar el seguimiento de las sociedades estadounidenses cotizadas en Bolsa y a sus filiales ubicadas en la Unión Europea, así como las sociedades no estadounidenses que coticen en alguno de los mercados de valores de Estados Unidos. Dentro del sistema que prevé impone la obligación de establecer en su comité de auditoría «procedimientos para la recepción, retención y tratamiento de quejas recibidas por el causante en relación con la contabilidad, controles contables internos o cuestiones de auditoría; y la presentación confidencial y anónima por parte de los empleados de la persona causante de preocupación en relación con cuestiones contables o de auditoría cuestionables».

públicos de todo acto de corrupción a las autoridades competentes, como medida para promover la integridad y la gestión de los asuntos y bienes públicos, al lado de la «necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables».

Protección que se establece como una garantía independiente de la técnica de los incentivos económicos, como sucede en Estados Unidos con un consolidado sistema de delación «premiado» hasta con el 30% de las cantidades reintegradas, recogido, entre otros, en la *False Claim Act*, como consecuencia del quebranto producido por fraudes a la Administración y que, pese a situarse en el eje del debate en nuestro país, no parece avanzar en positivo.

En el ámbito del derecho comparado, por ejemplo, el *Civil Service Code* británico establece que si los funcionarios advierten que un ministro o superior les exige algo inapropiado, si observan mala gestión o alguna otra conducta que requiera de denuncia, conforme a sus condicionamientos éticos, disponen de un órgano independiente (*Civil Service Commissioners*) para dar respuesta al caso concreto, ante la falta de reacción por el departamento afectado.

En España ha adquirido cierta relevancia pública «el buzón de denuncia» de la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia, como canal para formular denuncias por conductas prohibidas conforme a los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, aunque el mismo se aleja de una de las características de esta figura que reclama por una parte el anonimato o la debida protección al denunciante para evitar las consecuencias represivas que su actuación pueda tener. Aunque ya con anterioridad a la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas 2010 existían canales de denuncia, no podemos afirmar lo mismo en el ámbito de la Administración pública (GARCÍA MORENO, 2014).

En la actualidad, el proyecto de Ley de Integridad y Ética Pública de Aragón contempla la regulación del estatuto del denunciante de buena fe, reconociendo dicha condición a cualquier empleado del sector público de Aragón o de las instituciones y órganos estatutarios que ponga en conocimiento de la Agencia de Integridad y Ética Pública hechos que pudieran dar lugar a la exigencia de responsabilidades por alcance o penales por delitos contra la Administración pública. No se admitirán denuncias anónimas, pero se prevé un régimen de protección; la Agencia deberá establecer procedimientos y canales confidenciales para la formulación de denuncias que garanticen su estricta confidencialidad cuando el denunciante invoque la aplicación del estatuto regulado en este artículo. Dichos procedimientos y canales podrán ser también utilizados por quienes ya hubiesen actuado como denunciante para comunicar represalias u otras actuaciones lesivas derivadas de la presentación de la denuncia. En este mismo sentido, ha sido objeto de aprobación la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración pública y se establecen las garantías de los informantes, de Castilla-León, y en el ámbito local el Reglamento Orgánico de la Oficina contra el Fraude y la Corrupción del Ayuntamiento de Madrid contempla tanto la posibilidad de denuncias anónimas como confidenciales.

3. ANTECEDENTES DE DERECHO COMPARADO

Podemos situar el origen de la ética pública en el momento actual en Estados Unidos, a raíz del escándalo del Watergate que provocaba la renuncia del presidente Richard Nixon el 9 de agosto de 1974, que supuso un punto de inflexión en la percepción ciudadana de la actuación de los responsables públicos, al salir a la luz situaciones concatenadas de irregularidades en el ejercicio del poder. Como medida de reacción, desde el ámbito institucional, se apostó por la ética como mecanismo para relegitimar a las instituciones públicas, y para ello se aprobó la «Ley de Ética para el Gobierno» *Ethics in Government Act* y la creación de la «Oficina de Ética del Gobierno» (*Office of Government Ethics*), desde la que se elaboraron las «Normas de conducta ética para los empleados del Poder Ejecutivo» (*Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch*), siendo destacables los esfuerzos, tanto regulatorios como operativos desarrollados desde entonces.

En 1994, en el Reino Unido, se crea el Comité para la Creación de Estándares de la Vida Pública (*Committée on Standars on Public Life*) conocido también como Comité Nolan, en cuyo seno se elaboraron los Estándares de Conducta para la Vida Pública⁵ (1995). A su lado aparece el denominado Código para la Gestión de la Administración Pública (CGAP), a través del que se faculta a departamentos y agencias a introducir regulaciones acerca de la conducta, que deberán seguir las líneas establecidas en el CGAP.

Ya como un instrumento generalizado, más allá de las iniciativas nacionales, en el año 2004 podemos datar la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, cuyo origen se sitúa en la preocupación por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia, y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley; aprueba este instrumento con una triple finalidad: para promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activo; y promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Y en el ámbito de la Unión Europea podemos poner el acento en el Convenio Penal sobre la Corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, firmado por España el día 10 de mayo de 2005, y el Acto del Consejo, de 26 de mayo de 1997, por el que se establece, sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (Diario Oficial C 195 de 25 de junio de 1997).

⁵ En el mismo se pone de relieve la existencia de un documento anterior, de 1945, *Cuestiones de Procedimiento para Ministros (CPM)*, que recoge normas de conducta sobre la base de usos consuetudinarios, en lo que podríamos denominar como estándares y convenciones socialmente aceptados.

Por su parte, en América Latina puede destacarse la iniciativa de la Red de Instituciones de Combate a la Corrupción y Rescate de la Ética Pública (RICOREP), en la que se congrega a instituciones gubernamentales y no gubernamentales con la finalidad de combatir la corrupción en todas sus manifestaciones, y rescatar los principios éticos en el ejercicio de la función pública.

Ya a título meramente enunciativo encontramos numerosos enfoques: en Italia, la *Legge Anticorruzione*. N. 190/20112, como ejemplo de marco regulatorio que opta por un modelo de cumplimiento normativo de la Administración pública, muy coincidente con el utilizado en el ámbito privado; el «White Paper 1354», Dinamarca (1999); «Cabinet Handbook» de Irlanda (1998); «Board Appointment and Induction Guidelines», Nueva Zelanda (1999), o en Japón, las «Reglas dictadas por la Autoridad encargada del Personal Nacional» (MARTÍNEZ, 2004).

En cuanto a los modelos de control existentes en el ámbito del derecho comparado a lo ya expuesto sobre la *Office of Governments Ethics* de Estados Unidos, el *Civil Service* en Reino Unido, se suman, entre otros, la *Controladoria General da Uniao* en Brasil, o en la Unión Europea (UE) la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) que investiga la corrupción y faltas graves en las instituciones de la UE, así como el fraude al presupuesto de la UE y contribuye a la elaboración de la política de la UE en materia de lucha contra el fraude.

II. LA AUTORREGULACIÓN COMO ELEMENTO DE INTERIORIZACIÓN DE LA DIMENSIÓN ÉTICA: LOS CÓDIGOS ÉTICOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Tras la eclosión normativa experimentada en materia de transparencia, el buen gobierno ha tomado el relevo en una doble dimensión, por un lado, desde el punto de vista normativo, y, por otro lado, mediante su conexión con la ética pública a través de la autorregulación, cuyo máximo exponente se ha materializado en forma de códigos objeto de distinta denominación.

Para su adecuada inserción en el conjunto de medidas de regeneración democrática y lucha contra la corrupción, resulta necesario proceder a su delimitación conceptual, ante la variedad existente, y de su ámbito subjetivo, dada la multiplicidad de actores que tienen cabida en la amplia noción de la gestión pública, así como examinar las experiencias ya existentes en el escenario actual.

1. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN: SU CARÁCTER CUASINORMATIVO

La primera observación que debemos realizar es que la diversidad terminológica existente en materia de autorregulación ética no siempre se corresponde con la diferencia material en su naturaleza, finalidad y alcance regulatorio, encontrándonos ante denominaciones prácticamente intercambiables por la identidad de sus contenidos: códigos éticos, de buen gobierno, de conducta, de buenas prácticas, etc. (PRIETO, 2011).

1.1. Diversidad terminológica vs. identidad de contenidos

En cuanto a la distinción de unas y otras figuras mencionadas podemos ofrecer una síntesis de las clasificaciones extraídas de la doctrina. Sobre la base de su ámbito subjetivo, públicos o privados; en virtud de sus destinatarios, códigos de buen gobierno, dirigido a los estratos directivos y códigos de buenas prácticas, dirigido al personal no directivo, y, finalmente, en función de su extensión, entre prontuarios o decálogos, reseñando como prototipo de estos últimos el Código norteamericano de la ética en el gobierno público de 1958 (GARCÍA MEXÍA, 2010).

A efectos orientativos de ofrecer una correspondencia en cuanto a su alcance subjetivo y contenido podríamos establecer la siguiente clasificación:

A) Códigos éticos

Esta denominación obedece a la identificación más amplia dentro de las distintas categorías enunciadas, que permite claramente una dualidad, tanto desde el punto de vista del ámbito subjetivo, contemplando a la totalidad de responsables públicos, como de sus contenidos, tanto en la vertiente de la acción de gobierno como la meramente administrativa, mediante la asunción de principios, valores y estándares de conducta, pudiendo identificarse también en esta categoría los conocidos como códigos de conducta.

B) Códigos de buen gobierno

La propia nomenclatura utilizada, «buen gobierno», identifica este tipo de códigos con ámbitos vinculados a la esfera de los niveles de gobierno, entendido como tal los responsables de los órganos de gobierno y sin perjuicio de su extensión a los niveles directivos, en atención a su participación en las altas labores de gestión, y vinculada con el haz de competencias que engloban la acción de gobierno, sin descender a los niveles administrativos.

C) Códigos de buenas prácticas

En este caso podríamos hablar de instrumentos que se circunscriben, en especial, al ámbito de la gestión relativa al procedimiento administrativo y a la introducción de parámetros de eficacia en la misma, sin perjuicio de la inherente relación con códigos de valores y principios asociados a dicha finalidad, pero más orientado hacia los niveles de tramitación y gestión «burocrática», como contraposición a los anteriores.

En la actualidad la opción que con mayor fuerza se está expandiendo y que mejor responde a las necesidades actuales de la Administración pública sería la de códigos éticos, en el sentido indicado de aunar la codificación de los aspectos de gobierno y administración, en la comprensión de la doble vertiente de la ética pública, política y administrativa. Códigos éticos confi-

gurados como elementos de naturaleza instrumental, que permiten mediante la articulación de principios rectores del comportamiento en el sector público y la imposición de una serie de deberes coadyuvar al cumplimiento de la norma. Son «instrumentos vivos» (JIMÉNEZ, 2013), que deberán acompañarse de un adecuado sistema de control y evaluación, que habrá de permitir, en cada momento, analizar su evolución, así como las desviaciones en el cumplimiento de sus objetivos, ponderando, en su caso, la necesidad de reformular sus contenidos para adaptarlos a las necesidades y demandas sociales existentes en cada momento, en un anticipo de las técnicas de *compliance*, como analizaremos.

1.2. Valor normativo: entre el *soft law* y el carácter vinculante

Uno de los aspectos más relevantes a delimitar para valorar la eficacia de los códigos éticos como herramientas de cumplimiento normativo es el de su efectos jurídicos y el pretendido valor normativo de estas técnicas de autorregulación, desde el punto de vista de su grado de vinculación y poder coercitivo ante eventuales incumplimientos de sus prescripciones o su mera conceptualización como técnicas de *soft law*.

Es decir, cuál es su naturaleza desde el punto de vista de su fuerza obligacional, si nos encontramos ante una simple declaración de intenciones o manifestación de voluntades o si, en realidad, se trata de un instrumento vinculante con fuerza legal, y con capacidad de contemplar un régimen de sanciones al incumplimiento de sus prescripciones. Aunque no existe un acervo jurisprudencial que permita ofrecer una sólida postura en respuesta a este interrogante, y al margen de la existencia de leyes que ya establezcan este carácter vinculante, podemos citar la posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que considera que este tipo de códigos sistematizan compromisos de futuro, no normas jurídicas, en tanto que nuestro Tribunal Constitucional ha llevado a cabo una distinción entre códigos deontológicos y códigos éticos, conforme a la cual los primeros habilitan la imposición de sanciones por las infracciones a su contenido, en tanto que los segundos no, razón por la cual la condición de norma jurídica habría de predicarse de los primeros y no de los códigos éticos, pronunciándose en idéntico sentido el Tribunal Supremo (GARCÍA, 2010).

Ahora bien, la evolución de estas técnicas y su inclusión con rango normativo en determinadas iniciativas regulatorias autonómicas aconseja, sin embargo, dotarlas de cierta fuerza coercitiva, siempre respetando la reserva de ley en el ejercicio de la potestad sancionadora mediante su adecuada inserción en el ordenamiento jurídico, requisito que será fundamental para una correcta traslación de las técnicas de *compliance* al ámbito de la gestión pública. A dichos efectos puede resultar positivo el recurso a la técnica utilizada por la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de Cataluña, vía régimen sancionador, al tipificar en su artículo 78.2 f) como infracción muy grave en materia de buen gobierno «incumplir, las personas y organizaciones que tienen la condición de grupos de interés, las obligaciones establecidas por la presente ley o por el código de conducta que les sea de aplicación, de acuerdo con lo que determina el título IV», incumplimiento que cuando afecte a la esfera de los principios de buena conducta tendrán la condición de graves. A dichos

efectos será de aplicación un severo régimen sancionador que discrimina en función de la relación que el responsable de la infracción tenga con la respectiva Administración, alto cargo, empleado público o persona física o jurídica.

En relación con las posiciones sobre la conveniencia de establecer instrumentos de punición frente al incumplimiento de los códigos éticos en garantía de su cumplimiento y eficacia, podemos apuntar la polarización de dos posturas. Por una parte, aquella más proclive a establecer rígidos controles y, por otra, las más favorables a flexibilizar la evaluación y seguimiento en la toma de decisiones (ALDEGUER, 2013). De entre los distintos mecanismos que se pueden articular a efectos de dicha finalidad, pueden referenciarse la elaboración de un informe periódico sobre el grado de cumplimiento del código, evidentemente dando cuenta del mismo a los órganos competentes y dotándolo de las medidas de difusión; la creación de un órgano de seguimiento o control de su aplicación, la creación de unidades o servicios especializados a efectos de resolver las cuestiones dimanantes de su aplicación, no solo de control, o la elaboración de índices de gestión ética (PRIETO, 2011). Todos ellos serán objeto de análisis y ponderación en el desarrollo de la hipótesis de los códigos éticos como herramientas de *compliance* en la gestión pública.

2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN: ENTRE LA ÉTICA POLÍTICA Y LA ÉTICA ADMINISTRATIVA

Uno de los elementos a determinar en relación con la configuración de los códigos éticos como herramientas de *compliance* se establece en relación con su ámbito subjetivo de aplicación, delimitando por una parte si solo se aplica al ámbito político de la organización o si también debe incluir el ámbito administrativo, y respecto a este último, si afectaría únicamente a los conocidos como altos cargos o niveles superiores de la organización, de carácter directivo, en razón de sus especiales responsabilidades de gestión, o a la totalidad de sus miembros. Ante la confluencia en el ámbito de la Administración pública de distintos actores podemos distinguir a estos efectos entre ética política y ética administrativa (IZQUIERDO y VILLORIA, 2015).

2.1. Delimitación legal y conceptual

La delimitación legal efectuada por la Ley de Transparencia respecto al ámbito subjetivo de aplicación de su regulación de buen gobierno, en su artículo 25 contempla lo siguiente:

- En el ámbito de la Administración General del Estado se aplicará a los miembros del Gobierno, a los secretarios de estado y al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, de Derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquella. A estos efectos, se considerarán altos cargos los que tengan tal consideración en aplicación de la normativa en materia de conflictos de intereses.

- Altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación, tengan tal consideración, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las entidades locales.

Haciendo una traslación de esta proyección regulatoria a los instrumentos de codificación, en cuanto a los cargos electos, no parece existir duda alguna sobre su inclusión en este tipo de instrumentos, encontrando, con carácter general, en los existentes su generalización. Mayores objeciones se oponen en relación con la incorporación a este ámbito subjetivo de los altos cargos, entendidos como los niveles superiores de dirección y coordinación de la acción de gobierno. En el ámbito de la Administración General del Estado esta delimitación se correspondería con la efectuada en el artículo 1 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo, en tanto que, en el ámbito autonómico, serán las respectivas normas relativas a la organización y funcionamiento de cada una de ellas las que determinarán el alcance de esta noción. Mayores problemas plantearía esta concreción en el ámbito local, en el que normativamente no existe dicha categoría, pudiendo encontrar por aproximación los órganos directivos, en los términos previstos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local. En dicha línea el Código de Buen Gobierno Local de la FEMP ha ampliado en la revisión de 2015 su ámbito subjetivo no solo a los directivos públicos, sino también a los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, siguiendo la línea doctrinal que considera que deben ser asimilables a los altos cargos (DESCALZO, 2014), aunque en mi opinión la asimilación debería realizarse más por el rol directivo en la organización, que de alto cargo, entendido más como órganos de designación política.

Sin perjuicio de discriminar ante el diferente impacto que, en la gestión pública, pueden tener los distintos actores en la Administración, pues no puede ignorarse el distinto grado de relevancia que en la interiorización de la ética puede adquirir, entre los comportamientos, el de un directivo que el de personal auxiliar o de apoyo, si se analiza desde la capacidad que en el ejercicio de sus funciones tiene para el desarrollo de conductas alejadas de la ética pública con el consiguiente perjuicio para el interés general en los procesos de toma de decisión, de ahí la importancia de que los servidores públicos conozcan y valoren en términos justos su papel en la institución y el compromiso ético que conlleva.

Este debate todavía admite una variable más en relación con los actores del ámbito privado en su relación con la Administración pública, como pueden ser los contratistas, concesionarios de servicios públicos o perceptores de subvenciones. En esta línea el código ético institucional de la Xunta de Galicia establece la obligación de incorporar en los pliegos que rigen las contrataciones públicas un modelo de declaración que suscribirán los licitadores, en el que se manifieste el conocimiento del contenido y alcance del código ético. Volveremos sobre este extremo al analizar las relaciones entre la ética pública y la ética privada.

A estos efectos resulta ilustrativa la referencia establecida en la Ley Reguladora del Ejercicio del Alto Cargo en la Administración General del Estado, cuando señala que quienes ejerzan un alto cargo tendrán la consideración de personas con responsabilidad pública a los efectos del artículo 14 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del

terrorismo, con el relevante matiz de que ninguna de las categorías que recoge incluirá empleados públicos de niveles intermedios o inferiores, avalando de este modo la teoría que se expondrá sobre el diferente impacto en la organización en función de la clase de empleado público de que se trate⁶.

2.2. La ética administrativa de los empleados públicos

La preocupación del legislador por establecer un marco de referencia para los empleados públicos en la dimensión ética de sus funciones tuvo su primera y más significativa manifestación en la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), en la actualidad Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto, al incluir en su ámbito objetivo el código de conducta de los empleados públicos, que se concentra en las prescripciones de los artículos 52 a 54, sin perjuicio de la regulación del régimen de incompatibilidades previsto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y normativas autonómicas en materia de función pública.

A tales efectos, este marco se integra por los principios éticos y de conducta recogidos en los preceptos señalados, y tras establecer una obligación genérica de desempeño con diligencia de las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, realiza una primera enumeración de los principios que deben constituir el marco de su actuación. Junto a los clásicos principios de obje-

⁶ Conforme al mismo se considerarán personas con responsabilidad pública las siguientes:

- a) Aquellas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas importantes por elección, nombramiento o investidura en otros Estados miembros de la Unión Europea o terceros países, tales como los jefes de Estado, jefes de Gobierno, ministros u otros miembros de Gobierno, secretarios de Estado o subsecretarios; los parlamentarios; los magistrados de tribunales supremos, tribunales constitucionales u otras altas instancias judiciales cuyas decisiones no admitan normalmente recurso, salvo en circunstancias excepcionales, con inclusión de los miembros equivalentes del Ministerio Fiscal; los miembros de tribunales de cuentas o de consejos de bancos centrales; los embajadores y encargados de negocios; el alto personal militar de las Fuerzas Armadas; los miembros de los órganos de administración, de gestión o de supervisión de empresas de titularidad pública.
- b) Aquellas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas importantes en el Estado español, tales como los altos cargos de acuerdo con lo dispuesto en la normativa en materia de conflictos de intereses de la Administración General del Estado; los parlamentarios nacionales y del Parlamento Europeo; los magistrados del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, con inclusión de los miembros equivalentes del Ministerio Fiscal; los consejeros del Tribunal de Cuentas y del Banco de España; los embajadores y encargados de negocios; el alto personal militar de las Fuerzas Armadas; y los directores, directores adjuntos y miembros del consejo de administración, o función equivalente, de una organización internacional, con inclusión de la Unión Europea.
- c) Asimismo, tendrán la consideración de personas con responsabilidad pública aquellas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas importantes en el ámbito autonómico español, como los Presidentes y los Consejeros y demás miembros de los Consejos de Gobierno, así como los altos cargos y los diputados autonómicos y, en el ámbito local español, los alcaldes, concejales y demás altos cargos de los municipios capitales de provincia o de capital de Comunidad Autónoma de las Entidades Locales de más de 50.000 habitantes, o cargos de alta dirección en organizaciones sindicales o empresariales o partidos políticos españoles.

tividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad y dedicación al servicio público, se introducen una serie de principios más novedosos en aquel momento, como eran los de transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres. Atribuye a los mismos carácter informador de la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos (CAMPOS, 2015).

No obstante, y sin perjuicio de la conveniencia de extender los marcos de integridad institucional al ámbito de la función pública y de la inclusión de los niveles superiores de la Administración en el ámbito subjetivo de los códigos éticos como herramientas de *compliance*, hay que poner de relieve la inexistencia de un elevado nivel de corrupción entre los empleados públicos en España, a diferencia de lo que sucede con el nivel de corrupción entre los responsables políticos⁷ (VILLORIA, 2015 b).

3. UN RECORRIDO POR LOS MODELOS EXISTENTES DE AUTORREGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La organización territorial del Estado nos permitirá abordar este recorrido a través de significativos ejemplos existentes en los distintos ámbitos de la Administración pública, Estado, comunidades autónomas y entidades locales, para lo que, sin ánimo de exhaustividad, reseñaremos algunas de las experiencias en cada uno de estos niveles territoriales.

3.1. En el ámbito del Estado

Tras las más tempranas iniciativas de 2005 que aprobaban el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno de los altos cargos de la Administración General del Estado, en la actualidad derogado por la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, que ha elevado a rango normativo sus prescripciones, dotándolas del correspondiente régimen sancionador, podemos apuntar la existencia de otras iniciativas que afectan a distintos segmentos del Estado.

A) Casa Real

En el ámbito de las instituciones del Estado, el Real Decreto 772/2015, de 28 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 434/1988, de 6 de mayo, sobre reestructuración de la Casa de

⁷ Según los datos aportados a través del Global Corruption Barometer de Transparency Internacional, nos situamos en índices muy similares a los de países como Alemania, Suiza, Noruega y Finlandia (no más de un 2% de los encuestados admite haber realizado el pago de un soborno).

Su Majestad el Rey, introdujo un nuevo apartado 6 al artículo 10, en el que prevé que la Jefatura de la Casa podrá aprobar un código de conducta del personal al servicio de la misma, facultad de la que ha hecho uso para establecer los principios éticos y de conducta comunes que deban presidir la actuación de este personal para el mejor cumplimiento de la misión de la Casa de Su Majestad el Rey, y que tal y como recoge la normativa se encuentra publicado en la página web de la Casa de Su Majestad el Rey.

B) Comisión Nacional del Mercado de Valores

El Código general de conducta para los miembros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (2003) recoge en un solo texto el disperso conjunto de normas y preceptos legales y reglamentarios aplicables, al tiempo que viene a dar cumplimiento a las previsiones contenidas en el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley del Mercado de Valores.

C) Instituto de Crédito Oficial

El Instituto de Crédito Oficial dispone de un Código Ético y de Conducta (última modificación, 2015) en el cual se recogen los principios éticos básicos que el instituto entiende se deben aplicar a los negocios y actividades del ICO, así como las pautas de conducta profesional de sus empleados, sea en las relaciones con otros empleados y directivos, sea con clientes, proveedores y terceros.

3.2. En el ámbito autonómico

Frente al marco puramente normativo conectado con la transparencia expuesto en el apartado I, las comunidades autónomas también han incorporado las técnicas de autorregulación en el funcionamiento de sus instituciones como elementos de mejora de la calidad democrática.

A) País Vasco

El País Vasco destaca por su relevante acción en materia de ética y buen gobierno, como lo demuestra la Resolución 13/2013, de 28 de mayo, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento, por la que se dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno «por el que se aprueba el Código», marco al que debe añadirse la aprobación de la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos, en cuyo artículo 11 dispone que los principios de actuación y de conducta regulados en la misma serán recogidos y desarrollados en la elaboración de un código de ética y buen gobierno, al que se le dará la máxima difusión y publicidad y al que se le dotará de un sistema de adhesión así como de un sistema de seguimiento y evaluación. Ha sido refundido por Resolución 67/2016, de 22 de noviembre, del viceconsejero de Relaciones Institucionales, por la que se dispo-

ne la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno por el que se aprueba el Texto Refundido del Código Ético y de Conducta de los cargos públicos de Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y su sector público y se incorporan a dicho Código nuevas previsiones.

B) Extremadura

Esta comunidad cuenta con un amplio acervo regulatorio en el que se incluye también un elemento de autorregulación, el Código Ético de conducta de los miembros del Consejo de Gobierno y altos cargos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, aprobado en el año 2009, y que se completa con la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura y la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y acuerdos relativos a la adopción de medidas de transparencia, contención y austeridad en la ejecución del gasto público.

C) Valencia

El Decreto 56/2016, del Consell, de 6 de mayo, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno, se dicta en desarrollo y ejecución de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana, que establece en su título II una serie de principios de actuación que deben regir la labor de las personas que ocupan los altos cargos de la Generalitat y del personal asimilado, y en su artículo 27 prevé la aprobación por el Consell de un código de buen gobierno basado en dichos principios, para integrar la dimensión ética en la gestión pública.

D) Aragón

El Proyecto de Ley de Integridad y Ética Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón contempla la creación de una agencia de integridad y ética pública y un Código de Buen Gobierno, como autorregulación que incluye los principios éticos y de conducta que deben informar el ejercicio de sus funciones, en cuanto que respecto a los empleados públicos de las Administraciones públicas y el personal perteneciente al sector público incluidos en el ámbito de aplicación de la ley, en el ejercicio de sus funciones y en el desempeño de sus tareas deberán, en todo caso, ajustar sus actuaciones a los principios éticos y de conducta que conforman el código de conducta de los empleados públicos regulado en el Estatuto Básico del Empleado Público y en la legislación de función pública de la Comunidad Autónoma de Aragón. Publicados en el Boletín Oficial de Aragón.

3.3. En el ámbito local

En el ámbito local es posible encontrar distintas iniciativas de autorregulación, debiendo destacar que, en algunos casos, es la propia normativa autonómica la que contempla la aproba-

ción de este tipo de códigos en el ámbito local como sucede con la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi⁸, que sigue así la senda diseñada por la Ley de Transparencia de Cataluña imponiendo esta técnica codificadora en el ámbito local.

A) Código de Buen Gobierno Local, FEMP

El Código de Buen Gobierno Local se aprueba por la FEMP en el año 2009, en un contexto todavía alejado de los parámetros actualmente demandados por la sociedad. Su origen puede situarse en las Recomendaciones n.ºs 60 y 86 del Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa (CPLRE) aprobadas en 1999, y pretende inspirar los comportamientos de las autoridades locales en relación con la «ética política».

Ha sido objeto de revisión en el año 2015 para adaptarlo al marco normativo vigente, marcado por la aprobación de la Ley básica de Transparencia, y a la evolución del contexto social de desafección política necesitado de más y mejores medidas de regeneración democráticas basadas en la rendición de cuentas para recuperar la legitimidad en las instituciones.

Su formulación se orienta a la de un instrumento tipo que puede ser objeto de adhesiones individualizadas por aquellas entidades locales que así lo deseen, pero también utilizado como modelo de referencia para adaptarlo a las peculiaridades organizativas y de funcionamiento de la respectiva entidad local.

B) Código ético, Ayuntamiento de Bilbao

El Ayuntamiento de Bilbao aprueba en el año 2015 el «Código de Conducta, Buen Gobierno y compromiso con la Calidad Institucional del Ayuntamiento de Bilbao». El código determina los principios y estándares de conducta a seguir por los representantes políticos del Ayuntamiento de Bilbao, por titulares de órganos directivos municipales, así como por titulares de contratos de alta dirección para los entes instrumentales municipales. Se acompaña con la creación de la Comisión de Ética y Buen Gobierno del Ayuntamiento de Bilbao, que representa el marco de consulta, seguimiento, evaluación y control del Código de Conducta.

C) Sistema de integridad institucional de la Diputación de Guipúzcoa

Mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral de 1 de marzo de 2016 la Diputación Foral de Gipúzcoa ha aprobado el Sistema de Integridad Institucional con la finalidad de afianzar

⁸ Contempla en su artículo 35 la aprobación de códigos de conducta como instrumento que recoge los valores, principios y normas de actuación a las que deberán atenerse los electos y locales tanto en sus propias relaciones como en las que puedan entablar con las personas que desarrollen su actividad en el empleo público o en otras instituciones y con la ciudadanía en general, ampliando dicho ámbito objetivo a los principios o pautas de actuación para facilitar el buen gobierno y de calidad institucional de la política local.

la ética pública en su gestión y, como parte de dicho sistema, el Código de Conducta y Buenas Prácticas de cargos públicos y personal asimilado de la Administración Foral de Gipúzcoa y del resto de entidades que integran el sector público foral. Para ejercer las labores de control el Sistema de Integridad Institucional prevé la creación de una Comisión de Ética Institucional, como órgano independiente con las funciones de impulsar, promover, velar y garantizar el cumplimiento de los valores, principios y normas de conducta que se regulan, así como de prevenir cualquier incumplimiento o mala conducta que pueda dañar la imagen de la institución.

III. ÉTICA PRIVADA Y COMPLIANCE: UN BINOMIO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA

En el ámbito de la empresa privada y en el marco del desarrollo de las políticas de responsabilidad social corporativa y de gestión de riesgos ha aparecido con fuerza el término *compliance*, cuya traducción literal, «cumplimiento normativo», es muy significativa respecto a su alcance y finalidad en relación con la ética empresarial.

Esta técnica puede servir como referente inspirador para articular el engranaje de los códigos éticos en el ámbito de la Administración pública pues la diferencia entre las organizaciones públicas y las privadas no tiene carácter absoluto ni homogéneo, de tal modo que las experiencias en esta materia en el sector privado pueden ser objeto de trasvase al ámbito público, con las oportunas modulaciones que permitan su adaptación a las peculiaridades y características (VILLORIA, 2015 a).

Sin olvidar que este aspecto de la responsabilidad social está claramente influenciado por la figura represiva del derecho penal, que ha puesto en valor, legal, la utilización de las técnicas de *compliance* como mecanismo eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas y como herramientas de prevención en la comisión de ilícitos penales y de conductas contrarias a la ética definida por la empresa, en concreto en España desde la modificación del Código Penal en el año 2010.

1. ORIGEN Y FINALIDAD DE LAS POLÍTICAS EMPRESARIALES DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO

El nacimiento del *compliance*, al igual que veíamos con relación a la ética pública, tiene su origen en el mundo empresarial anglosajón, desde el que se ha ido extendiendo a través de distintos cauces, también relacionados con la Administración pública, hasta llegar a nuestro país.

En su génesis podemos diferenciar una doble finalidad. Una primera, claramente orientada a su propia denominación, el cumplimiento normativo, como garantía de la corrección en el desarrollo de la actividad de la respectiva empresa, ajustada a los condicionantes derivados del ordenamiento jurídico. La segunda, más relacionada con la ética empresarial, dirigida a interiorizar

una política empresarial basada en un conjunto de principios y valores alineados con la estrategia de la persona jurídica, orientada también al ámbito reputacional. Sin perjuicio de la necesaria incorporación de medidas de carácter represivo, el *compliance* se sitúa claramente en un escenario de actuación preventiva.

Para ello las empresas que adoptan políticas de *compliance* habrán de diseñar programas de cumplimiento normativo con una base regulatoria amplia, que se complete con la dimensión ética; no se trata únicamente de establecer las líneas programáticas de actuación sino también de establecer los sistemas de control, seguimiento y evaluación a través de los cuales determinar la correcta implantación de las medidas de cumplimiento y corregir las desviaciones que, en su aplicación, se pueden producir.

Aunque la motivación originaria del *compliance* pueda situarse en evitar las medidas represivas del derecho penal a modo de incentivo como técnica de exención de la responsabilidad, también actúa como mecanismo de mejora en la calidad reputacional a través de una adecuada política de gestión de riesgos, e incluso en las relaciones entre actores privados en el mercado con la exigencia de medidas de *due diligence*. A tal fin las medidas adoptadas por los Estados al margen del derecho penal contribuyen a esa visión poliédrica del *compliance*, no circunscrita al ámbito penal. Puede atribuirse a la *Bribery Act* de 2010 en Gran Bretaña la naturaleza de paradigma en el establecimiento de la responsabilidad penal de las empresas ante la ausencia de medidas de cumplimiento normativo⁹, mejora de la reputación que tiene también su incidencia en distintos ámbitos, como el de la contratación pública en relación con el sistema de las listas negras del Banco Mundial (NIETO, 2014).

2. ÉTICA PRIVADA VS. ÉTICA PÚBLICA

La noción de la ética no es predicable ni patrimonializable en exclusiva ni del ámbito público ni del ámbito privado, incluso podría aplicarse, en determinados supuestos, la teoría de vasos comunicantes, porque es necesario involucrar a la empresa en las políticas de prevención en la gestión pública dada su posición de actores relevantes en múltiples aspectos, como prestadores incluso, a través de las distintas fórmulas de contratación previstas en la legislación de aplicación, y de la condición de «corruptores» que desde el sector privado se puede ejercer. La adopción de técnicas de *compliance* en el ámbito empresarial tendría, en cierta medida, la condición de privatización encubierta de la lucha contra la corrupción (NIETO).

La principal diferencia entre la ética pública y la ética privada estriba en la última finalidad que subyace en la imposición de una ética en la organización, pero las razones a las que obedece

⁹ Con su entrada en vigor el 1 de julio de 2011, su finalidad es la persecución de compañías internacionales en el Reino Unido implicadas por sí mismas o a través de sus socios en casos de corrupción, permitiendo la exoneración de la misma mediante la acreditación de la implementación de procedimientos de prevención del riesgo.

intrínsecamente podrían considerarse consustanciales, de ahí la permeabilidad del modelo privado del *compliance*. La interiorización de la dimensión ética, tanto en el ámbito privado como público, responde a la necesidad de ubicar a los individuos que conforman la organización en los principios y valores a los que responde la organización, estableciendo la prioridad de los intereses comunes (empresariales en el caso del sector privado, de la sociedad en el caso del sector público) al interés particular.

Distintas iniciativas públicas a su vez imponen una vertiente pública a la ética privada, como sucede con las listas negras del Banco Mundial, que supone un incentivo poderoso en la adopción de medidas anticorrupción, al permitir a las empresas que cuenten con un programa de cumplimiento que su tiempo de permanencia en la lista negra sea menor (SELVAGGI, 2014). En el mismo sentido las nuevas directivas de la Unión Europea en materia de contratación pública incentivan que las empresas dispongan de programas de cumplimiento normativo.

En España la regulación de la ética privada desde las instituciones puede advertirse en instrumentos como el Código de sociedades cotizadas de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Código de Buen Gobierno, aprobado inicialmente en el año 2006 y actualizado en el 2015, y que tiene por objeto velar por el adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno y administración de las empresas españolas para conducir las a las máximas cotas de competitividad; generar confianza y transparencia para los accionistas e inversores nacionales y extranjeros; mejorar el control interno y la responsabilidad corporativa de las empresas españolas; y asegurar la adecuada segregación de funciones, deberes y responsabilidades en las empresas, desde una perspectiva de máxima profesionalidad y rigor.

3. COMPLIANCE EN EL CÓDIGO PENAL: DOCTRINA Y PRIMERA JURISPRUDENCIA

Al margen de lo expuesto sobre la conveniencia de definir las políticas de *compliance* en el sector empresarial, no se puede negar que su penetración en el Estado español se ha producido con fuerza tras la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, efectuada por la Ley Orgánica 2/2010, de 23 de junio, al introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su artículo 31 bis, en la actualidad redactado por el número veinte del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, con el siguiente contenido.

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».

Estableciendo en su apartado 2 una posible exención de dicha responsabilidad mediante el planteamiento de nuevos mecanismos de control a dichos efectos:

«2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a».

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

«5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.^a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo».

El novedoso modelo vino acompañado, en primera instancia, por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, que en la actualidad se ha visto sustituida por la Circular 1/2016, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, de la Fiscalía General, clarificadora por su valor informador a efectos interpretativos respecto a la aplicación de los programas de *compliance* y respecto de la que ya se han producido los primeros pronunciamientos jurisdiccionales que permiten ir acotando un cuerpo de doctrina a los efectos de importar esta técnica al ámbito público.

La primera sentencia, número 154/2016, ha sido dictada en fecha 29 de febrero, en la que resulta de interés a los efectos expuestos la referencia a la creación de una determinada cultura ética en la estructura administrativa a través de los programas de cumplimiento normativo y que, en consecuencia, podría ser predicable de los códigos éticos en la Administración pública para la creación de una cultura ética en la organización:

«Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal, ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella, ha sido posible o facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al derecho como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas jurídicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos tendentes a la evitación de la comisión por estos de los delitos».

IV. CÓDIGOS ÉTICOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO TÉCNICAS DE COMPLIANCE

La condición de instrumentos de autorregulación de los códigos éticos en el ámbito público puede servir para abrir camino en la traslación de las técnicas de *compliance* a la gestión pública, con el matiz de la exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas públicas, y sin perjuicio de la evolución regulatoria que pueda llevar en esta dirección, entendiendo la unidad de acción de las organizaciones y la responsabilidad de crear marcos de integridad institucional, como climas éticos para evitar la proliferación de conductas corruptas.

Para realizar una completa construcción de la teoría apuntada y conforme a las previsiones recogidas en el artículo 31 bis del Código Penal, efectuaremos una traslación al ámbito de la ges-

ción pública de los modelos de seguimiento y control, con una serie de condiciones que deberán acreditarse debidamente.

1. CLAVES PARA LA TRASLACIÓN DE LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN

La traslación del modelo de cumplimiento normativo implica que el órgano competente según la estructura definida por la normativa de aplicación en la respectiva Administración pública (estatal, autonómica o local) debería adoptar, pero no solo adoptar, sino también ejecutar en términos de eficacia, antes de la comisión del delito o de la actuación irregular, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Es decir, no debe limitarse a la aprobación, como actuación meramente estética de programas de cumplimiento, sino que dicha aprobación habrá de acompañarse de la adopción de medidas de ejecución adaptadas al modelo respectivo y orientado a las finalidades pretendidas por la normativa, en clara relación, en este caso, con la defensa del interés general y la prestación de servicios públicos en beneficio de la sociedad.

Para verificar la hipótesis de la eficacia práctica de los códigos éticos como herramientas de *compliance* a través de los modelos organizativos y de gestión, seguiremos metodológicamente las claves apuntadas por el artículo 31 bis del Código Penal para determinar la validez de los programas de cumplimiento normativo como mecanismo para la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de los siguientes requisitos.

A) Actividades susceptibles de mayor control y supervisión

En primer lugar debe procederse a la identificación de las actividades susceptibles de mayor control y supervisión para la prevención; y, sin perjuicio, de las peculiaridades que cada ámbito de gestión pueda poner de relieve, es posible diagnosticar una serie de espacios materiales respecto a los cuales la experiencia probada de investigaciones judiciales y las condiciones objetivas destacan.

Es preciso reseñar como en relación con los mismos se da una sustancial coincidencia con los instrumentos complementarios de la gestión del marco de integridad (*integrity frameworks*) determinados por la OCDE:

- Evaluación del sistema de recursos humanos. A través del establecimiento de procesos adecuados de selección, formación y evaluación del capital humano, partiendo de la defensa de la meritocracia weberiana.
- Procedimientos de contratación. «La actividad de los gobiernos más vulnerable a la corrupción es la contratación pública». Con estas palabras se abre el libro de la

OCDE, *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z*, más que elocuentes del papel que la integridad está llamada a desempeñar en este ámbito material, a través de la adecuada delimitación de los procedimientos de contratación pública.

- Gestión económico-financiera. La ineficiencia en la asignación de los recursos públicos tiene una doble vertiente. Por un lado, en el encarecimiento de los servicios públicos con el consiguiente coste para los ciudadanos y, por otra parte, en el enriquecimiento de los responsables públicos, enriquecimiento que se produce a título individual, pero también a título de organizaciones políticas o a título de terceros ajenos a la gestión pública que se benefician de la toma de decisiones basadas en intereses privados.
- Control interno y externo. ¿Quién controla al controlador? Será necesario dotar a los órganos de control de las características que le permitan realizar su función sin presiones de ningún tipo y en condiciones adecuadas, tal y como se examinará en el siguiente apartado, y del establecimiento de sistemas de evaluación de su misión para comprobar el grado de eficacia en su desempeño.

A estos elementos se añadiría un sesgo derivado de la organización territorial que nos llevaría a incluir el ámbito del urbanismo, como sustrato que supuso la casilla de salida en la mayor eclosión de la corrupción local, a través de las licencias y los planes urbanísticos, y que, una vez modificada la realidad como consecuencia de la «crisis del ladrillo» dentro de la crisis global, ha cedido protagonismo a la contratación pública.

B) Protocolos o procedimientos para la adopción de decisiones y su ejecución

Una vez definidas las áreas necesitadas de mayor control deben establecerse los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas.

En el caso de la Administración pública su actuación se manifiesta a través de decisiones de órganos unipersonales y de órganos colegiados (a título ejemplificativo en el Estado, ministros y Consejo de Ministros; en las comunidades autónomas, consejeros y Consejos de Gobierno, en las entidades locales, alcaldes y concejales frente a Plenos y Juntas de Gobierno), que en unos y otros casos actúan como representantes de la Administración.

Si bien la toma de decisiones en estos casos resulta avalada por el establecimiento de un procedimiento administrativo previo en el que, con carácter general, se adopta la decisión, en ocasiones este no resulta suficiente. Por tomar de referencia el procedimiento administrativo común, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, diagrama un proceso con distintas fases en las que, entre otros, se introducen trámites de informes y audiencias para garantizar la corrección en la toma de decisión, hasta el punto de que el artículo 47 contempla como causa de nulidad de pleno derecho la mayor sanción

administrativa para aquellos actos que se hayan adoptado sin respetar las reglas básicas para la formación de la voluntad del órgano colegiado.

Pero aun dentro del delimitado procedimiento legal pueden introducirse variables que permitan desviarse de las conductas éticamente predicables, como, por ejemplo, la solicitud de informes externos para adoptar decisiones alejándose de los criterios basados en la objetividad e imparcialidad expuestos por funcionarios. Por ello resulta conveniente establecer adecuadamente las diversas interacciones que se producen en el proceso de toma de decisiones y en su ejecución de aspectos tales como los relativos a los posibles conflictos de intereses para garantizar una actuación basada en la transparencia, alejada del abuso de autoridad y conforme a los principios expuestos en relación con el buen gobierno.

C) Que no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano competente

Deberá acreditarse no solo la aprobación de las medidas oportunas para evitar las conductas individuales, sino también su correcta ejecución, seguimiento y evaluación, a efectos de, en su caso, proceder a corregir las desviaciones en su finalidad. Se pretende huir de meras formulaciones que se plasman en instrumentos que cumplan sobre el papel, pero que en ausencia de medidas para su correcta ejecución carecen de eficacia práctica y, en consecuencia, no puede reconocerse la naturaleza de programas de cumplimiento normativo a los códigos éticos que se aprueban con fines puramente estéticos.

La concreción de este requisito tendrá carácter bifásico. Una primera fase, relativa a la inclusión en el código ético de un adecuado sistema de evaluación y seguimiento que permita acreditar suficientemente las medidas adoptadas para su ejecución por el órgano competente, y una segunda, consistente en el análisis y ponderación de la implantación de estas medidas, es decir, de su grado de difusión y seguimiento, y de los mecanismos utilizados para corregir las posibles desviaciones que puedan encontrarse.

D) Existencia de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos

El ámbito de la gestión económico-financiera en la asignación de los recursos públicos ha sido uno de los sujetos a mayores condiciones de control en los últimos años, previendo en todos los niveles de administración órganos de control, tanto a nivel interno como a nivel externo, caracterizándose por un mayor refuerzo a nivel normativo, no solo respecto a la exigencia de determinados estándares y ratios de cumplimiento, sino también operando sobre las funciones y competencias reconocidas a los órganos de control.

A dichos efectos y tras la reforma constitucional del año 2011 del artículo 135 y su desarrollo vía Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financie-

ra, pueden citarse las reformas normativas que han afectado, en el ámbito local, a los interventores, órganos de control interno y fiscalización, reforzando tanto su posición orgánica, respecto a las incidencias relativas a nombramiento y cese, como también funcional, atribuyéndoles directamente la responsabilidad en el cumplimiento de obligaciones de información que se sitúan en el eje del mayor control y tutela por parte del Gobierno central sobre la gestión económica de las entidades locales.

E) Obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención

En cuanto a la articulación de esta obligación nos remitimos a lo ya expuesto sobre la figura del *whistleblower*, para centrarnos en una cuestión previa como es la existencia del referido organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención, pues no siempre este se integra en la organización, es decir, lo que en la técnica de traslación del *compliance* a la gestión pública sería el *compliance officer*. Relevante también el alcance de la obligación que no se circunscribe a los supuestos concretos de incumplimiento sino también a los posibles riesgos, situando el horizonte de la potencialidad del daño en clara coherencia con un marco de integridad institucional.

En algunos casos será la normativa, estatal, autonómica o local, la que contemple su existencia, recogiendo los extremos relativos a su composición y funcionamiento para garantizar su independencia y objetividad en el desarrollo de su función, en otros, serán acuerdos organizativos los que establezcan las condiciones correspondientes y, en otros casos, los únicos sistemas de control serán los tradicionales: órganos que, en el ejercicio de su función tienen atribuido el control de la legalidad y el control de la actividad económica-financiera pero que se encuentran plenamente integrados en el organigrama de la respectiva Administración, y que se completa con órganos de control externo existentes en ámbitos sectoriales, como el Tribunal de Cuentas y los órganos de control autonómicos, así como el Valedor en Galicia, el Sindic de Greuges en Cataluña o el Defensor del Pueblo con carácter general, o, en materia de contratación, los tribunales administrativos.

Todos ellos, sin perjuicio de la contribución a la mejora en la gestión pública a través del ejercicio de sus funciones de control, se encuentran alejados en su configuración y finalidad de la técnica de traslación del *compliance* objeto del presente estudio, por lo que en el apartado 2 será objeto de desarrollo la hipótesis de la figura del *compliance officer* en la Administración pública.

F) Establecimiento de un sistema disciplinario frente al incumplimiento

La garantía de la eficacia del sistema propuesto de los códigos éticos como herramientas de prevención de la corrupción y de interiorización de la dimensión ética de la gestión pública exige que el sistema contemple un adecuado régimen de sanciones frente al incumplimiento de las medidas que establezca el código ético.

Partiendo de la premisa de un ámbito subjetivo en el que se comprende tanto la ética política como la ética administrativa, debemos discriminar dos tipos de servidores públicos. Por un lado,

cargos electos y de designación política, y, por otra, los empleados públicos. Respecto a estos últimos el texto refundido del EBEP recoge, por una parte, un apartado que la propia norma denomina como «Código de conducta», pero que no se acompaña de medidas de orden disciplinario que, en todo caso, pueden adoptarse en el marco del régimen disciplinario aplicable a todos los empleados de los distintos niveles de organización territorial, y sobre el que podemos tomar como referencia el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.

No sucede así con el ámbito de la gestión política y tampoco con los niveles ubicados en el marco del personal eventual. Respecto a los primeros, la incorporación a la Ley de Transparencia de un régimen sancionador de carácter básico para el conjunto de las organizaciones territoriales permite salvar este obstáculo, al tiempo que las normativas correspondientes a cada Administración pública recogen, por su parte, sus propios mecanismos represivos; en el ámbito del Estado la ley reguladora del ejercicio del alto cargo, en las autonómicas, sus respectivas regulaciones, también vía códigos éticos.

La distinta condición de los servidores públicos expuesta, políticos, altos cargos, empleados públicos y aun pudiendo añadir personas físicas o jurídicas vinculadas a la Administración, aconsejarían que los códigos éticos discriminaran su aplicación en función del segmento subjetivo afectado. A estos efectos podría tomarse como referencia el modelo de la normativa catalana, Ley 19/2014, en cuyo artículo 82 establece que las sanciones aplicables al personal al servicio de las Administraciones públicas por la comisión de infracciones tipificadas en dicha normativa son las establecidas por la legislación de la función pública con relación a las faltas disciplinarias y que si el supuesto de infracción puede quedar incluido en alguna de las infracciones disciplinarias establecidas por la legislación de la función pública, se aplica esta última legislación.

G) Verificación periódica del modelo y de su eventual modificación

El establecimiento de un sistema de evaluación y seguimiento del código ético no habrá de circunscribirse al conjunto de medidas que en él se incluyen, sino que además habrá de contemplar la necesidad de introducir las modificaciones oportunas cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

El principio de jerarquía normativa y el sometimiento de la Administración a la ley y al derecho exigen dotar a los códigos éticos de la suficiente flexibilidad que permita su adaptabilidad no solo a circunstancias exógenas a la propia organización, como pueden ser la aprobación o modificación del marco legal aplicable que determine nuevas exigencias o distintos sistemas de control, sino también endógenas, actuando correctivamente sobre aquellas distorsiones en su aplicación que mediante el sistema de seguimiento se hayan puesto de manifiesto.

Para ello, sería recomendable la emisión de informes periódicos de seguimiento que fuesen analizados por el órgano de control adoptado en el modelo y en el marco de un proceso revisionista.

2. COMPLIANCE OFFICER EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Conforme al criterio establecido en el Código Penal, la validez del modelo de control está condicionada a que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado se confíe a un órgano de la persona jurídica, con poderes autónomos de iniciativa y control. Competencia que se deslinda de la correspondiente al diseño del programa de cumplimiento, limitada a su seguimiento y evaluación, así como a la supervisión de su adecuada ejecución. Dentro de su función se encontraría también la de servir de canal de denuncias en relación con el deber de comunicar las situaciones de incumplimiento o riesgo, y también la de promover el encaje de la figura del *whistleblower* en los términos expuestos.

Por tanto, la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado tendría que atribuirse a un órgano de la respectiva Administración pública que dispusiese de poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.

Ya hemos examinado como existen ya sistemas consolidados en el marco del derecho comparado como el británico con el *Committee on Standards in Public Life*, cuya existencia se prevé con independencia de otros órganos de auditoría no especializados, o en Francia, la reciente creación, 2013, de la Alta Autoridad para la Transparencia, que convive con una Comisión Profesional de Ética y el Servicio Central de Prevención de la Corrupción (IZQUIERDO y VILLORIA, 2015).

2.1. Modelos y sistemas de control existentes

En nuestro ordenamiento jurídico podemos encontrarnos con distintas figuras que responden asimétricamente a este perfil, asimétricamente tanto por el distinto alcance del ámbito material de control, como por las funciones asignadas y sus características, entre otros podría citarse la Oficina de conflictos de intereses o la Autoridad independiente de responsabilidad fiscal, por lo que frente a dicha asimetría la opción más idónea sería la creación a través de los códigos éticos de la figura del *compliance officer* para dar respuesta a todos los condicionantes. A continuación examinaremos modelos existentes en los tres niveles de Administración pública.

A) Sistema de control en la Ley de Transparencia, Acceso a la Información

La normativa básica prevé la creación del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, como un órgano con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, que actúa en el desempeño de sus funciones con autonomía y plena independencia en el cumplimiento de sus fines, desarrollado en su Estatuto, aprobado por el Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Para el cumplimiento de su finalidad concretada en la promoción de la transparencia de la actividad pública, en velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar

el ejercicio de derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno, su estructura se articula orgánicamente en torno a un modelo dual, compuesto por la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno y el presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que lo será también de su Comisión.

En la tendencia regulatoria seguida en esta materia por las comunidades autónomas, es preciso advertir que los modelos autonómicos están definiendo un sistema de control incompleto a estos efectos, centrado en la determinación del órgano competente para la tramitación de las reclamaciones de acceso a la información, ni tan siquiera en relación con las obligaciones de publicidad activa, y en el que claramente el ámbito del buen gobierno ha pasado a un segundo plano.

B) Oficina Antifrau de Cataluña

Constituida por la Ley 14/2008, del 5 de noviembre, comenzó su actividad en el último trimestre del 2009, como entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, que se adscribe al Parlamento de Cataluña. La oficina actúa con independencia de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones y se relaciona con el Gobierno y con los entes locales de acuerdo con lo establecido en su normativa reguladora.

Su finalidad se concentra en prevenir e investigar posibles casos concretos de uso o destino ilegales de fondos públicos o cualquier otro aprovechamiento irregular derivado de conductas que conlleven conflicto de intereses o el uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público. Pero también, en el ámbito más preventivo asesorar y hacer recomendaciones para adoptar medidas contra la corrupción, las prácticas fraudulentas y las conductas que atenten contra la integridad y la transparencia en el ejercicio de las funciones públicas, cooperando con las autoridades competentes y colaborando en la formación en este ámbito del personal al servicio del sector público, así como impulsar todas las medidas que sean pertinentes para lograr la transparencia en la gestión del sector público.

C) Código de Buen Gobierno Local y cumplimiento normativo

En el ámbito local las experiencias de códigos éticos además de por vía normativa han tenido una fuerte influencia a través del Código de Buen Gobierno Local de la FEMP, aprobado en el año 2009 y revisado en el año 2015, en el que se deja a la potestad autoorganizativa de las entidades locales la definición del modelo de control, pudiendo destacar en este ámbito el Código del Ayuntamiento de Bilbao¹⁰.

¹⁰ Una figura sobre la que recurrentemente se sitúa el foco de atención en lo relativo a las funciones de control en el ámbito local es la de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, tanto de las subescala de Secretaría, en materia de control de legalidad, y de la subescala de Intervención-Tesorería, en materia de fiscalización y control de la gestión económico-financiera, pero para que puedan desempeñar esta función en las con-

Precisamente en el ámbito local se está trabajando sobre un modelo de cumplimiento normativo, pues la Junta de Gobierno de la FEMP suscribió, el pasado 24 de febrero de 2015, un convenio de colaboración con AENOR con el cual se pretende dar un paso más en la apuesta de las entidades locales por la transparencia y el buen gobierno y demostrar el compromiso con la honradez y la integridad en la gestión pública adaptando al ámbito público mecanismos que cada vez son más habituales en el ámbito privado.

El origen de esta iniciativa parte de que el recurso únicamente a la técnica regulatoria no se ha mostrado como una herramienta eficaz en la prevención de prácticas corruptas, por lo que parece conveniente actuar sobre las medidas de autorregulación, que permitan incrementar los controles internos de cada organización. A tal fin se prevé la elaboración un referencial, en el que queden identificados los requisitos y objetivos que permitan a las entidades locales implantar un sistema de gestión basado en los principios de buen gobierno, proporcionalidad, transparencia y sostenibilidad. Dicho referencial permitiría implantar un estándar de calidad en las entidades locales, por medio de parámetros que coadyuven al cumplimiento normativo, la observancia de los procedimientos internos y el fomento de conductas adecuadas.

En definitiva, se trata de que, a través de programas de cumplimiento, las entidades locales que lo implementen en su funcionamiento puedan recibir una certificación que les confiere un plus de reconocimiento en esta materia, desde el punto de vista reputacional.

2.2. Requisitos y características del *compliance officer* en la gestión pública

La delimitación de las características y régimen de aplicación a los órganos de control responsables de la supervisión del cumplimiento normativo constituye uno de los retos fundamentales en la traslación del sistema de *compliance* al ámbito de la gestión pública a través de los códigos éticos. Frente a los modelos explorados en el derecho comparado los existentes resultan divergentes en cuanto a su configuración, tal y como acabamos de exponer, por lo que el acierto en la elección del modelo debe partir de una configuración de las características con las que debe contar.

Respecto a esta caracterización la Convención de Naciones Unidas, y en idéntico sentido el Consejo de Europa, ya prevé en su artículo 6 la debida existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción, indicando cuáles habrán de ser sus rasgos definitivos al establecer que a este órgano se le deberá reconocer la independencia necesaria para que pueda desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida, siendo necesario proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones, añadiendo en su artículo 36 un requisito más, la habilitación de poderes coercitivos para la aplicación de la ley.

diciones y con las características señaladas sería necesario revisar su régimen jurídico, tanto desde el punto de vista de su dependencia funcional, como de las atribuciones legales de que disponen.

Por tanto, un esbozo de las características que deberían marcar la configuración del *compliance officer* en la Administración pública se perfilaría sobre los siguientes rasgos:

A) Independencia

Tanto en su composición, determinando al menos una cierta participación de sujetos ajenos a la organización¹¹, como en la fase de constitución, mediante sistemas de nombramiento alejados de la decisión puramente política y que conlleven su nacimiento viciado, pero también en el ejercicio de sus funciones, alejados de las presiones políticas y de la confluencia entre sus miembros de intereses partidistas o susceptibles de generar conflictos de intereses entre el órgano de control y el controlado.

Prueba demostrada de que el conflicto se producirá, y ante el mismo es necesario garantizar la independencia, queda patente, por ejemplo, a través de las actuaciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, con un sentido bidireccional, en el que el gobierno recurre sus decisiones exigiendo la publicidad de información de libre acceso frente a la cual se niegan, y en la dirección contraria, mediante la impugnación por el órgano de control de las decisiones del gobierno controlado, negándose a la fiscalización.

B) Dotación de medios

La importancia de esta cuestión conecta directamente con el grado de eficacia en las labores de control, de la existencia de recursos personales y materiales para asumir con eficacia su función y el ejercicio en tiempo y forma de sus competencias. Pero no solo de recursos materiales y personales, sino también en cuanto a las vías de colaboración para el desarrollo de su función, evitando que el bloqueo por aquellos que sean objeto de control impida su ejercicio. Por ejemplo, la imposibilidad de emisión por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, en plazo de su informe al Programa de Estabilidad 2016-2019, ante la falta de remisión por la autoridad competente de la información necesaria para su elaboración.

C) Poderes coercitivos

Claramente conectada con el extremo anterior, el *compliance officer* habrá de disponer de los mecanismos coercitivos necesarios para garantizar esa colaboración en el ejercicio de sus funciones de seguimiento y control, pero no solo con carácter previo sino también en el ámbito re-

¹¹ Frente al modelo de la Comisión de Ética del País Vasco, de composición mixta, con miembros de la propia organización con personas de experiencia, competencia y prestigio profesional contrastado en materias relacionadas con la ética, el derecho o la gobernanza de organizaciones tanto del sector público como del privado, que serán designadas por el Gobierno vasco, puede oponerse el modelo puramente endogámico de la Comunidad Autónoma de Galicia que encomienda las labores de supervisión del cumplimiento del código ético institucional a la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa.

presivo que permita articular un sistema de sanción frente a los incumplimientos detectados del código ético en los términos expuestos.

Las reflexiones sobre el alcance normativo de los mismos como herramientas de autorregulación deben llevarnos pues a la conclusión de que una verdadera traslación de la técnica de *compliance* exige su carácter vinculante para los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NECESARIA APUESTA POR EL MODELO PREVENTIVO FRENTE AL REPRESIVO A TRAVÉS DE CINCO CLAVES

Para finalizar la exposición de esta construcción teórica de los códigos éticos en la Administración pública como herramientas de *compliance*, y a modo de conclusión, formularemos cinco preguntas con su correspondiente respuesta a través de las cuales fijaremos la argumentación a favor de esta técnica.

A) ¿Son necesarios los códigos éticos en la Administración pública?

Uno de los debates que se produce en torno a esta cuestión es el de si es necesaria la regulación de la ética en un Estado que se caracteriza por una actividad hiperregulatoria y por la existencia de tres niveles de gobierno con potestad normativa: estatal, autonómico y local.

La respuesta debe ser sí. La realidad ha puesto de manifiesto la insuficiencia de las normas como único elemento en la lucha contra la corrupción, ante el amplio y discrecional margen interpretativo existente en muchos casos y ante la laxitud e ineficacia de los controles que aconsejan la utilización de los códigos éticos como medidas de *soft law*, para superar el cumplimiento de las normas no solo como vía para evitar la sanción, que provoca su incumplimiento cuando se advierte un inexistente o bajo riesgo de descubrimiento, sino porque se ha interiorizado este deber como inherente a la función que el servidor público desempeña y a su papel en la organización alineado con los objetivos de satisfacción del interés general.

Es necesario, por tanto, dotar a los servidores públicos de un «giroscopio interno que ayude a la persona a distinguir lo correcto de lo incorrecto y a inhibir la mala acción» (LEWIS, 2005), a resolver el dilema moral en beneficio de interés general aun cuando ello represente un perjuicio para su interés particular.

B) ¿Pueden trasladarse las técnicas de *compliance* al ámbito de la gestión pública?

Para la verdadera implantación de estas técnicas vía códigos éticos será necesario el compromiso claro de la organización; aun cuando el Código Penal excluye a la Administración pública de

este ámbito regulatorio, nada impide que, en el ámbito del derecho administrativo, en la vertiente señalada de transparencia y buen gobierno en la gestión pública se proceda a la introducción de estos mecanismos, asociados a un régimen de responsabilidad de la Administración pública.

La conexión esbozada entre los códigos éticos en la Administración pública y las herramientas de *compliance* encaja en la formulación de los marcos de integridad institucional de la OCDE desde un enfoque organizacional, desde el que se contemplan como elementos esenciales en la organización del marco, entre otros, los códigos éticos, la formación en ética de los servidores públicos, el establecimiento de un sistema de consultas ante los dilemas éticos de los mismos, un adecuado sistema de denuncias, etc.

La incorporación a los códigos éticos de los modelos de cumplimiento inspirados en el *compliance* de la empresa privada contemplaría un sistema de garantías reales y eficaces para la interiorización de la ética en la organización pública, a través de medidas tales como el *compliance officer*, el sistema de sanciones, o la delimitación de protocolos en la toma de decisiones y en su ejecución. Sin olvidar que las técnicas de *compliance* no se orientan a establecer sanciones en caso de incumplimiento, sino a incentivar el cumplimiento de la norma, desde un enfoque claramente preventivo¹².

C) ¿Cuál ha de ser el ámbito material de los códigos éticos?

Los códigos éticos deben conjugar un enfoque normativo con un enfoque de valores. Ante la existencia de numerosa normativa reguladora de deberes en materia de transparencia y rendición de cuentas, los códigos éticos deben ponerse en valor por su virtualidad como instrumentos que permiten ocupar las zonas grises en las que la normativa no ofrece todos los elementos que permiten elegir la alternativa correcta, a través de la codificación de los valores y principios imperantes en la organización. A estos efectos, dentro de los códigos éticos debe contemplarse la necesidad de arbitrar planes en ética y buen gobierno que permitan el conocimiento de los límites

¹² En línea con lo dispuesto en su día por las *Federal Sentencing Guidelines*, US Federal Sentencing Guidelines for Corporations, en relación con la implementación de un *Effective Compliance and Ethics Program*, en las que se pueden destacar como elementos esenciales de dicho programa los siguientes: establecimiento de estándares y procedimientos para prevenir y detectar la conducta criminal, ejercicio por parte del consejo de administración de una autoridad supervisora sobre la implementación y mejora del programa de *compliance*, el nombramiento de un *compliance officer* y la delegación de funciones en el ejercicio de responsabilidades operativas, el *reporting* periódico a los miembros del consejo de administración y altos directivos, la exclusión de empleados incumplidores de los puestos de responsabilidad, la impartición de formación continuada en materia de *compliance*, monitorización y auditoría constante de la eficacia del programa, aseguramiento de que el Programa de *compliance* es promovido y reforzado dentro de la empresa mediante incentivos para actuar en cumplimiento del mismo o bien mediante el establecimiento de las medidas disciplinarias adecuadas, así como, en último término, el establecimiento de una adecuada respuesta a los incumplimientos detectados, en orden a prevenir conductas similares en el futuro, lo cual incluye las necesarias modificaciones que debieran llevarse a cabo de dicho programa.

existentes dentro de la organización y los deberes legales y éticos que le competen, reforzados con una adecuada gestión de la información y la formación de los servidores públicos.

Al margen de otros contenidos regulatorios, los códigos éticos pueden actuar específicamente sobre aspectos concretos que se han revelado como sensibles a la corrupción, mediante el establecimiento de restricciones en el ejercicio de empleos adicionales al principal empleo público, en clara conexión con las limitaciones en materia de incompatibilidades; declaración de ingresos personales, pero también familiares; declaración de patrimonio personal pero también familiar, ampliando, de este modo, el ámbito subjetivo del control, para evitar desviaciones de los enriquecimientos ilícitos y publicidad de estas declaraciones; creación de registros de declaración de regalos; la obligación de declarar los intereses privados relevantes para la gestión de contratos y para la toma de decisiones; la fijación de medidas de seguridad y control en el acceso a información privilegiada; restricciones y control de actividades privadas posteriores al cese, limitaciones y control de nombramientos concurrentes fuera del gobierno, regulación detallada de la obligación de abstención para evitar «terrenos en sombra», en los que el dilema moral no disponga de una clara orientación legal, y restricciones en la propiedad de acciones y de empresas privadas (IZQUIERDO y VILLORIA, 2015).

En definitiva, es necesario clarificar el papel de las instituciones en la interpretación de los dilemas morales y su respuesta ofreciendo un código de valores presente en la organización que les permita ofrecer adecuada respuesta en atención a la mejor defensa del interés público, papel que están llamados a desempeñar los códigos éticos como instrumentos de interiorización de la dimensión ética en la gestión pública local.

D) ¿La vertiente de prevención excluye la vertiente sancionadora de los códigos éticos?

La dificultad de implementar mecanismos legales con fuerza coercitiva en este ámbito fue puesta de manifiesto por el propio Consejo de Estado con ocasión de la emisión del Dictamen al anteproyecto de ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, al señalar que «la traslación al ámbito jurídico de normas morales incoercibles puede resultar en determinados casos problemática, en la medida en que el principal instrumento de que el Derecho dispone para forzar el cumplimiento de las leyes es la coacción, siendo así que la observancia de las normas morales o éticas descansa más bien en la persuasión, cuando no en la amenaza de repulsa social que su incumplimiento puede llevar».

Siguiendo los marcos de integridad institucional de la OCDE, los códigos éticos habrán de establecer los procedimientos en caso de incumplimiento y sanciones. Para superar esa dificultad parte esta propuesta de traslación de las técnicas de *compliance* al ámbito de la gestión pública, directamente vinculada con la exigibilidad de responsabilidad por la comisión de delitos en el ejercicio de las responsabilidades públicas, ya que entre sus componentes se establece la necesaria existencia de un régimen disciplinario, que, en este caso, se asociaría al código ético. Se evitará de este modo la adopción de iniciativas puramente estéticas que se limiten a la aprobación de

los códigos éticos como elemento aparente sin acompañarse del conjunto de medidas necesarias para su implantación, seguimiento y evaluación de su cumplimiento.

No obstante, sin perjuicio de la vertiente represiva asociada a la implantación de la ética pública, que se podría articular a través del régimen sancionador previsto en la normativa estatal y, sin perjuicio de la normativa sectorial, autonómica y local, y del espacio reservado al régimen disciplinario en el caso de los empleados públicos y el recurso a la punición penal, en última instancia dado el principio de mínima intervención del derecho penal apuntados, la verdadera finalidad de esta propuesta debe instrumentarse a través de la vertiente preventiva, como herramienta de conformación de marcos de integridad que eviten la elección incorrecta y que doten a los servidores públicos de las competencias necesarias para la resolución de los dilemas morales siempre a favor y en defensa del bien común y, por supuesto, en el marco de la legalidad vigente.

E) ¿Qué puede hacer la ética pública por la mejora de la calidad democrática de las instituciones?

La correlación entre ética y calidad democrática se demuestra a través de los datos en los cuales la cultura ética de las organizaciones públicas se basa en el valor de la imparcialidad que se visibiliza a través de menores niveles de corrupción y mayores niveles de bienestar. Dado que la percepción de la corrupción parte de una visión ciudadana de la continua intromisión de intereses particulares en los procesos de toma de decisiones públicas, sobre la misma pueden actuar muy positivamente los códigos éticos, pues la interiorización de la dimensión ética en la gestión pública conllevará la comprensión por los servidores públicos de que su papel, su función en la organización, no está orientado a la consecución y defensa de sus intereses particulares, sino del interés general, a la procura y mejor gestión de los objetivos en beneficio de la sociedad.

No es que, por supuesto, desde este enfoque, se niegue la necesidad de contar dentro de la infraestructura ética con otro tipo de controles externos, como por ejemplo un poder judicial independiente, una prensa libre, y con legislación administrativa o penal adecuada, sino que se está advirtiendo la insuficiencia de los mismos y la conveniencia de recurrir a la técnica de autorregulación como uno de los mecanismos más valiosos para el refuerzo de dicha infraestructura (VILLORIA, 2013).

Los datos del último Barómetro Global contra la Corrupción correspondiente a 2016 apuntan que, en España, el 28% de los ciudadanos españoles percibe un aumento de la corrupción en el país en los últimos 12 meses, mientras que un 37% piensan que todo sigue igual. Junto a ello los datos de los barómetros del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) refuerzan esa percepción que se enmarca en una serie temporal de constante preocupación de la sociedad con la corrupción asociada a la Administración pública y una creciente desafección por las instituciones y el desempeño de sus funciones. Estos datos no permiten ser optimistas sobre la eficacia que las medidas de regeneración democrática aprobadas desde las distintas instancias territoriales, al ser objeto de percepción la existencia de una corrupción sistémica que es preciso desensamblar de la arquitectura de las Administraciones, a cuyo fin, sin duda, la ética pública puede contribuir de un modo muy relevante.

VI. EPÍLOGO

Como resultado del presente estudio podemos concluir que es necesario adoptar una línea de actuación en materia de buen gobierno y ética pública que opere desde la prevención, y huir del recurso al Código Penal como única vía en la lucha contra la corrupción, que aparece cuando el daño ya está hecho, cuando la corrupción ya ha producido sus efectos, en un modelo puramente represivo. A estos efectos la autorregulación, mediante la imposición de normas propias en las que se recojan obligaciones de buen gobierno y estándares de conducta, con independencia de su denominación, constituye un instrumento que puede resultar de gran utilidad.

A pesar de que el espacio que las leyes dejan al ámbito de la autorregulación no es demasiado amplio, el enfoque de los códigos éticos como herramientas de *compliance* permite adoptar una visión basada en la mejora de la cultura organizativa para crear una identidad corporativa entre los servidores públicos y las instituciones en las que se integran orientada a la finalidad de la defensa del bien común; frente al escepticismo ciudadano ante la avalancha de iniciativas de regeneración democrática, la técnica expuesta, que completa y cierra el proceso, puede resultar un elemento de apoyo al cambio iniciado por la Ley de Transparencia.

Como hemos visto las últimas iniciativas regulatorias puestas en marcha en España, una vez dibujado el marco normativo de la transparencia, parecen estar trasladando el peso hacia la dimensión ética en la gestión pública, como ejemplo de ello, el Anteproyecto de Ley de Integridad y Ética Pública de Aragón, la imposición, con carácter imperativo, de aprobación por las entidades locales de códigos de conducta, y la profusión de marcos de formación basados en la ética y el buen gobierno parecen convenir en que se está llevando a cabo una lectura correcta de este aspecto de la gestión que permita a los servidores públicos tomar conciencia de su orientación hacia una rendición de cuentas frente a la ciudadanía, en su condición de gestores de lo ajeno, el bien común.

La virtualidad de los códigos éticos no se limita, que no sería poco, a su configuración como elementos de lucha contra la corrupción, sino también en la mejora de la gestión pública, en términos de mejora en la calidad de los servicios, y de racionalización económica financiera, a través de una adecuada gestión de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, recogidos como principios de buen gobierno en la Ley de Transparencia. De hecho existe una correlación entre la calidad democrática de los Gobiernos y el desarrollo económico, entendida desde la incertidumbre que sistemas de gobierno con conductas corruptas provocan respecto al desarrollo de una actividad económica, partiendo de la premisa de una democracia de calidad, entendiendo que tendrán dicha condición aquella que se sustenta sobre una serie de condicionantes: unas elecciones libres y justas, un Gobierno abierto que rinda cuentas, un sólido sistema de derechos civiles y políticos reconocidos y respetados y que cuente con una sociedad cultural y estructuralmente democrática (BEETHAM, 1994)

En este marco y para cerrar, siguiendo a NIETO podemos dejar abierto el interrogante de si hemos llegado a momento de romper otro tabú, semejante al *societas delinquere non potest*, y es que las Administraciones públicas también puedan ser sancionadas penalmente en supuestos de corrupción ante la falta de adopción de medidas preventivas en el seno de la organización.

Bibliografía

- ALDEGUER CERDA, B. [2013]: «Ética pública y gobierno local en un contexto de crisis económica», *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 15.
- BEETHAM, D. [1994]: *Defining and Measuring Democracy*, Londres: Sage.
- CAMPOS ACUÑA, M.^a C. [2015]: «Códigos éticos y buen gobierno local en la Ley de Transparencia», *RVOP*, núm. 9.
- DESCALZO, A. [2014]: «Buen gobierno: ámbito de aplicación, principios generales y de actuación, infracciones disciplinarias y conflicto de intereses», en Guichot (coord.) *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Tecnos.
- GARCÍA MEXÍA, P. [2010]: «Los códigos de buen gobierno», en VV. AA., *Calidad democrática y buen gobierno*, FEMP, págs. 125-131.
- GARCÍA MORENO, B. [2014]: «Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la administración pública», en Adán Nieto Martín (coord.), Manuel Maroto, «*Public compliance*»: *prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Calatayud.
- IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. y VILLORIA MENDIETA, M. [2015]: *Ética pública y buen gobierno*, Tecnos.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. [2013]: «Ética pública, política y alta administración. Los códigos éticos como vía para reforzar el buen gobierno, la calidad democrática y la confianza de la ciudadanía en sus instituciones», *RVOP*, núm. 5.
- «Códigos de conducta e integridad institucional. Un eje central de la política futura», blog *La mirada institucional*. Disponible en: <https://rafaeljimenezasensio.com/2015/07/27/codigos-de-conducta-e-integridad-institucional-un-eje-central-de-la-politica-futura/>
- MARTÍNEZ BARGUEÑO, M. [2004]: *Gestión de los conflictos de intereses en el servicio público. Líneas directrices de la OCDE y experiencias nacionales*, Madrid: OCDE y Ministerio de Administraciones Públicas.
- NIETO MARTÍN, A. [2014]: «De la Ética Pública al "Public Compliance": sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas», en Adán Nieto Martín (coord.), Manuel Maroto, «*Public compliance*»: *prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Calatayud.
- LEWIS, C. L. [2005]: *The Ethics in Public Service*, San Francisco: John Willey and Sons.
- PRIETO ROMERO, C. [2011]: «Medidas de transparencia y ética pública: Los códigos éticos, de conducta o de buen gobierno», *Anuario del Gobierno Local*.
- SERVAGGI, N. [2014]: «Las listas negras en el Banco Mundial: ¿Hacia un sistema global de sanciones?», en Adán Nieto Martín (coord.), Manuel Maroto, «*Public compliance*»: *prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Calatayud.
- VILLORIA MENDIETA, M. [2016]: «Estabilidad y mejoría en los servicios públicos», en *Informe AEVAL*, http://www.aeval.es/export/sites/aeval/comun/pdf/calidad/informes/Informe_Percepcion_2016.pdf
- [2015 a]: «Ética en las administraciones públicas: De los principios al marco institucional», *RVOP*, núm. 9.
- [2015 b]: «Ética pública y empleo público en tiempos de incertidumbre», *REGAP*, núm. 49, enero-junio.
- [2013]: «Instituciones, buena gobernanza y buen gobierno: clarificando conceptos», *Revista Democracia y Gobierno Local*, núm. 20.